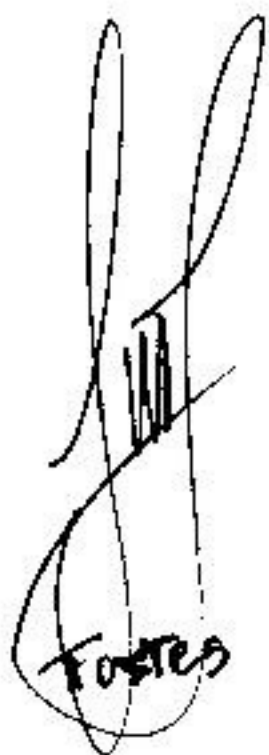


Doctorado en Ciencias Jurídicas

Universidad del Salvador

Tema de tesis:

“Derecho Penal de Emergencia”



Torres

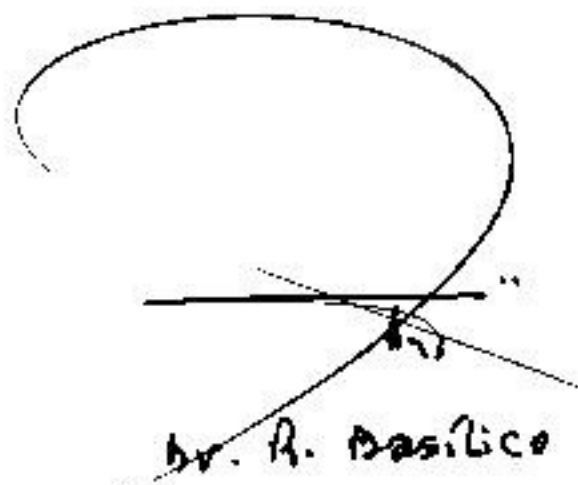
Doctorando:

Sergio Gabriel Torres

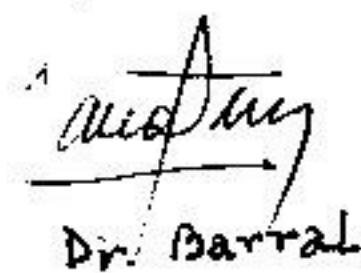
Profesor Tutor:



Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni



Dr. A. Basilio



Dr. Barral

Buenos Aires, 18 de octubre de 2007.-

Dr. Irurozun

DERECHO PENAL DE EMERGENCIA

INTRODUCCIÓN	5
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal y política criminal	11
1.1. Función garantizadora del derecho penal	11
1.2. Política criminal: algunas aclaraciones terminológicas	21

CAPÍTULO II

2. Conceptos necesarios para el planteo del problema	25
2.1. Concepto y alcance del término "emergencia"	26
2.2. La emergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	37
2.3. Función del lenguaje	44
2.3.1. Su influencia en la construcción de la realidad	44
2.3.2. Lenguaje y realidad	45
2.3.3. Pensamiento, lenguaje y sociedad	47
2.3.4. Ley penal y lenguaje	53
2.4. Discurso y emergencia	55
2.4.1. Análisis del discurso	55
2.4.2. Discurso, poder y emergencia	56
2.4.3. Discursos sociales y emergencia	60
2.4.4. El enemigo en el discurso penal	67
2.5. Medios de comunicación, delito y emergencia	73

2.5.1. El delito como producto informativo: selección y presentación	73
2.5.2. Presentación de la realidad criminal	76
2.5.3. Medios de comunicación y política criminal	86

CAPÍTULO III

3. La emergencia y el discurso en la historia	89
3.1. Introducción	89
3.2. En la Antigüedad	90
3.2.1. Roma clásica y la persecución de los cristianos	90
3.2.2. Los musulmanes y las Cruzadas	95
3.2.3. La mujer y la Santa Inquisición	99
3.3. En la historia reciente	102
3.3.1. El régimen de la discriminación racial y religiosa: el nacional-socialismo	102
3.4. En Argentina	109
3.4.1. Presidencia de Nicolás Avellaneda: el indio y la Conquista del Desierto	109
3.4.2. Segunda presidencia de Julio A. Roca: los anarquistas y la llamada "Ley de Residencia"	113
3.4.3. La década infame: Abel Ayerza, una historia de secuestro y mafia ..	120
3.4.4. El mismo discurso setenta años después	129

CAPÍTULO IV

4. Emergencia y política criminal	138
4.1. El rumbo episódico y espasmódico de nuestra política criminal	138

4.2. La falta de direccionamiento racional de nuestra política criminal: la descodificación	146
4.3. Estado de derecho versus poder de policía. La dicotomía continua desde la política criminal	156
4.4. La emergencia en la doctrina, distintas ópticas de un mismo problema. Interpretación y aplicación desde la política criminal	166
4.5. Hacia una política criminal digna de un estado de derecho	192
 CAPÍTULO V	
5. Los instrumentos de la emergencia	202
5.1. Introducción	202
5.2. De la reconstrucción del derecho penal de la peligrosidad	205
5.3. Del recurso abusivo de las denominadas "leyes penales en blanco" ..	214
5.4. De la creciente trascendencia de los "delitos de peligro"	232
5.5. Problemas derivados del uso del lenguaje utilizado en la redacción de las normas penales	238
 CAPÍTULO VI	
6. Consecuencias de la legislación de emergencia	250
6.1. Inflación penal	251
6.2. Descodificación penal	254
6.3. Pérdida o disminución de garantías	258
 CONCLUSIONES	263



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

INTRODUCCIÓN

Esta investigación se enmarca —y a la vez reconoce un límite— en la certeza de que todo estado democrático debe contener y proteger a sus habitantes del avance del estado de policía que permanentemente despliega sus proyecciones en la comunidad e impide el libre ejercicio de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional. Este examen actual es sobre una problemática que, si bien parece novedosa, ha sido utilizada desde antiguo con un único fin: generar las condiciones sociales y políticas que favorezcan a la fabricación de herramientas legales que de modo encubierto permiten el avance de ese estado de policía y la consiguiente restricción de las garantías de los ciudadanos.

Así la hipótesis de este trabajo tiene que ver con la emergencia como fenómeno en sí mismo, como herramienta de los grupos de poder y como reflexión constructiva sobre los efectos que se advierten de su uso, en cuanto impactan en el campo del derecho positivo afectando derechos y garantías, y al deterioro y daño que ello implica.

Un análisis actual y pretérito de la emergencia, como así de su impacto como consecuencia de su utilización por parte de los grupos de poder, será la plataforma y punto de partida para este trabajo. Se efectúa además una mirada estrechamente vinculada con este fenómeno en nuestro país con los diversos aspectos que adquiere la emergencia en la normativa vigente y las consecuencias que ello ha provocado a la luz de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

La importancia de la tarea propuesta intentará demostrar el uso de la emergencia en objetivos de aumento de poder político que abren paso a reformas de

carácter normativo en las que subyace un fin distinto al que aparece argumentando su necesidad, siendo que en realidad se endereza a ampliar el poder de policía y no el desarrollo de una política criminal en el marco de un estado de derecho.

Precisamente, esta investigación tiene anclaje en el discurso que se emite con el fin de legitimar esa transformación permanente a la que se encuentra sometida la normativa de carácter penal, la que en esta orientación parece más cercana al estado autoritario que al estado de derecho, afirmada como única solución para poner fin al conflicto, al que además se lo presenta como factor de riesgo para la existencia misma de la organización social.

En esa dirección es habitual observar la utilización de un lenguaje especialmente impresionante para la audiencia, como lo es el lenguaje bélico, que exalta la reacción buscada por el interlocutor. Ejemplos de ello lo constituyen frases tales como: "la guerra o la lucha contra las drogas"¹, "el duro golpe a la delincuencia", el "reclutar nuevos policías para la cruzada contra la inseguridad", "el mapa secreto de la evasión bonaerense"², que "los súper ganan menos por la guerra con autoservicios"³, el "golpe al bolsillo"⁴, el "golpe contra la ETA"⁵, entre otros.

Por ello, el análisis aquí pretendido no puede obviar el tratamiento que los medios de comunicación hacen de los hechos de carácter criminal, poniendo particular énfasis en la selección, la presentación y el discurso empleado.

A partir de lo expuesto es menester determinar si este discurso presenta caracteres particulares, como ser la utilización de recursos adoptados y adaptados de la terminología beligerante con el fin de generar un direccionamiento bipolar del

¹ Diario *Clarín*, jueves 12 de julio de 2007.

² Diario *Clarín*, domingo 12 de diciembre de 2004.

³ Diario *Clarín*, miércoles 1° de diciembre de 2004.

⁴ Diario *Clarín*, domingo 29 de diciembre de 2002.

⁵ Diario *Clarín*, viernes 20 de diciembre de 2002.

debate, encaminándolo y luego acompañándolo hacia la intolerancia de la opinión en contrario a la posición que él sostiene como correcta.

Asimismo se desarrollará mediante el análisis de debates parlamentarios y de publicaciones en los medios de comunicación de masas, así como también de las distintas significaciones semánticas que el concepto de emergencia adquiere en el discurso. Del mismo modo, partiendo de la supuesta existencia de un estado de emergencia, se confrontarán los hechos criminales detonadores y las respuestas normativas resultantes.

Esta investigación adquiere relevancia en nuestro país, pues se han padecido décadas de degradación institucional, acompañada o provocada por una ausencia casi absoluta de políticas públicas orientadas a la prevención del delito dentro del marco del estado de derecho, lo que da lugar a una revisión de la política de Estado en este aspecto, el que se intuye institucionalmente débil e incapaz de generar soluciones permanentes. Pareciera que con la sanción de normas de carácter penal se busca obtener una imagen que le otorgue una apariencia de fortaleza, solidez y determinación.

A partir de aquí, surgen interrogantes con respecto al ataque que recibe la base misma del sistema de garantías de la sociedad democrática. Ese sistema de garantías funciona como dique de contención en resguardo de los derechos de las personas frente a un Estado voraz que intenta horadar sobre aquellas. Es la extensión de ese dique la que permitirá afirmar que la sociedad navega en un mar de libertades donde se encuentran islas de prohibición, como ocurre en las sociedades democráticas; o por el contrario, si se navega en un mar de prohibiciones donde a veces se encuentra alguna isla de libertad, propio del estado totalitario.

Pero claro, en función de lo dicho anteriormente, se observa que se utilizan conceptos políticos, susceptibles, por lo tanto, de ser afectados desde el poder echando mano al discurso de emergencia, a campañas de “ley y orden” o de “mano dura” para así proyectar –y concretar– la modificación del régimen existente por otro de contenido más restringido en cuanto a las libertades. También se orienta a la creación de un nuevo y mayor sistema de control; o a la necesidad de agravar las penas establecidas para determinados delitos; o a la implementación de un sistema dual de penas; o a la incorporación de nuevas especies de pena; o a la simplificación de los procedimientos afectando garantías de defensa; o a la exhortación a implementar celeridad –a cualquier costo– en la finalización de los juicios; o la incorporación de nuevas figuras penales o de disposición de un nuevo procedimiento penal sin designar a los jueces encargados de llevarlo adelante, y otras muchas variables que se asocian directamente con leyes penales que fueron dictadas en la creencia de que, en forma casi sobrenatural, podían solucionar todo –o casi todo– cuanto subyuga y sobrecoge a una sociedad con alto nivel de conflicto.

El derecho penal que se bautiza “de emergencia” pasa a ocupar un papel protagónico, erigiéndose –como una evolución del otro derecho penal– en el salvador de todos los males. Se plantean situaciones cuya problemática adquiere dimensiones de difícil contención, que desbordan o parecen desbordar las barreras preexistentes para dominarlas. En muchas ocasiones, estas barreras están conformadas por normas de derecho positivo y la crisis da lugar a la intervención de las autoridades para la declaración del “estado de emergencia” que abre paso, inevitablemente, a la paradójica suspensión parcial del derecho, para garantizar –supuestamente– el estado de derecho.

Sobre el punto relacionado a la cuestión de la emergencia, existen dos planos distintos que se vinculan entre sí: uno que se refiere a la declaración de la existencia de la emergencia, producto de alguna crisis cuya grieta puede hallarse más o menos distante del momento de la "declaración"; y el otro, el que necesariamente debiera plantear o desarrollar cuáles son las distintas propuestas para salir de la crisis o emerger de ella.

La realidad nos muestra que el tratamiento de una emergencia de cualquier tipo no se agota con su mera declaración pública y descripción de sus causas y efectos, sino que viene acompañada de un bagaje de medidas destinadas a paliar las derivaciones causadas, que en ocasiones resultan inocuas y son simplemente escudos de contención dispuestos estratégicamente en sitios donde pueden ser vistos fácilmente de modo tal que se disimule la impotencia de las medidas para derrotar a la crisis.

Asimismo se buscará y ahondará en las características de la emergencia, y se efectuará un seguimiento dentro de la legislación para luego ver si se mantiene en el tiempo y si esa "reforma de emergencia" se toma permanente, lo que puede permitir un análisis sobre lo adecuado de las políticas direccionadas desde un estado de derecho, pero destinadas a remediar una situación de coyuntura. La ausencia de políticas, proyectos o bases, podrá dar lugar a sostener que se vive de reacciones estertóreas que se legitiman a partir del "discurso de emergencia". Y si tanto se utiliza este recurso, será posible afirmar que su ejercicio —lejos de ser excepcional— ha sido transformado en la regla.

A esta investigación se agrega una propuesta de política criminal que se enmarca dentro del estado de derecho, el cual —como se dijera desde el comienzo—

siempre contiene en su seno al estado de policía, más asociada a los derechos constitucionales y cercano al ideal pretendido.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPÍTULO I

1. Derecho penal y política criminal

1.1. Función garantizadora del derecho penal

Hemos de esbozar en este apartado –aunque sea someramente– las funciones que fueron y son atribuidas al Derecho Penal, pues entendemos que tal referencia no puede quedar ajena a un trabajo como el presente, en el que se pretende alertar acerca de cómo los límites del derecho a castigar que detenta el Estado están siendo barridos por el poder político con motivo de la expansión habilitante de la actuación de las agencias represivas, situación que conlleva sin hesitación alguna a alterar aquello que el derecho penal es o para lo que sirve o debe servir.

Es que, en definitiva, su tratamiento hace a los cimientos del esquema propuesto y nos permite ya de inicio fijar, y a la postre desarrollar, lo que consideramos la función esencial del derecho penal, *ergo*, el límite de su aplicación legítima.

Véase en tal sentido cómo las funciones que se le han asignado –y asignan– resultan contingentes y variables en la historia, pues –como se sostiene– dependen de las concepciones dominantes acerca de los fines del Estado, el reconocimiento que se ha hecho del individuo y la forma en que se entablaron las relaciones de ambos. Circunstancia íntimamente vinculada a las transiciones operadas entre gobiernos más apegados al modelo del estado policial, en el que se somete a los individuos a la voluntad de los que ejercen la autoridad estatal, y aquellos que

bregan por un estado de derecho en el que los hombres se encuentren sumidos por igual a la ley.

Es el propio carácter y proyección del derecho penal, al criminalizar las conductas conminándolas con penas como al estigmatizar a los sujetos sobre los que recae, el que demarca la importancia de la función que ha de asignársele, la forma en que se defina lo que es, para qué sirve, como lo que se asevere debe ser.

Con ese Norte, debemos remontarnos al momento en que desde el aparato de gobierno se produce la sustracción del conflicto a la víctima, con miras de alcanzar un mayor poder de control y vigilancia en beneficio del soberano o del propio Estado. Tiempo en que comenzamos a deslizarnos entre las concepciones que le asignan al derecho penal una función metafísica, como instrumento útil a la realización del ideal o valor justicia –sostenidas por las Escuelas Clásicas a través de teorías absolutas–, a aquellas que identifican una función netamente social, de concreción del ideal de utilidad o defensa social, concentradas en la prevención de ilícitos en pos de la protección de intereses sociales legislativamente reconocidos –concebidas por la Escuela Positiva a partir de la cual tales valores, en forma pura o combinada, han fluido y discurren en los discursos legitimantes de quienes detentan el poder–.

Es que en la historia del pensamiento penal encontramos distintas posturas en cuanto a su justificación y función en el entramado social, resultando identificable a poco de husmear en ellas el reconocimiento de funciones que parten desde la retribución del mal causado, la demarcación del comportamiento incorrecto, de aseguramiento de bienes y personas, de reparación del sistema social perturbado, de prevención, de lucha, de represión, al de garantizador de la seguridad jurídica.

En ese contexto, es la escuela histórica la que encuentra su fundamento en la ley, y los fundadores de la escuela positivista –más precisamente la italiana–, los que –como dijéramos– introducen el concepto de defensa social, en boga para aquellos que declaman la emergencia, cuyo fin es preservar a la sociedad del peligro representado por el criminal, satisfacer al perjudicado, evitar la venganza y proteger la legítima libertad colectiva.

Bajo tales ideas, la justificación del derecho penal está concebida en dos aspectos: uno objetivo y uno subjetivo. En el sentido subjetivo, el derecho es sinónimo de facultad o ejercicio, y todos esos derechos forman el patrimonio donde entran las ciencias penales. Así, el individuo tiene derechos civiles y políticos, pero también tiene derechos penales. Ese patrimonio de derechos que comprende los derechos penales, no lo ejercemos sólo en virtud de la cesión ficticia que de ellos hacemos a la persona jurídica del Estado, sino de la razón derivada del concepto mismo del derecho que es principio de orden de las sociedades.

El patrimonio jurídico de los derechos penales, cedidos al Estado, son ejercidos en pos de la defensa de la sociedad de los ataques nocivos. Es ese mismo derecho que tiene el Estado para imponer castigos a los infractores de la ley, y de allí el poder que tiene para castigar que deriva del *ius puniendi*, es decir, la facultad para definir los delitos, establecer sanciones y aplicarlas. Ese poder deriva de la sujeción política del individuo al Estado, por el cual considera a éste como sujeto del derecho de castigar, y al individuo como sujeto de la pena.

Ahora bien, conocer los límites del poder punitivo en un Estado de Derecho obliga al análisis de las verdaderas instituciones y fundamentos axiológicos del saber jurídico penal, de las que derivan su esencia y fundamentos. Para ello

corresponde un repaso por los distintos aportes que a lo largo de su evolución se han realizado, sin perder su clara connotación política.

Fue Francisco Carrara uno de los primeros que pretendió construir un sistema deducido de principios propuestos como apotegmas, acorde con las influencias racionalistas de su pensamiento liberal y la tendencia humanitaria ya iniciada por Beccaria, como reacción y protesta contra los abusos del absolutismo.

Varios siglos han pasado y todavía se polariza severamente sobre los principios que postuló y defendió el autor. Por ejemplo, aquel que rechaza las penas arbitrarias y desproporcionadas, o el principio del bien jurídico protegido y todos aquellos que fueran postulados con la función de servir de freno a la agencia judicial y como garantía a las libertades civiles.

Luego de la etapa en la cual se consideró al delito como producto de una libre elección, con la consecuente responsabilidad moral de las personas, irrumpió la Escuela Positivista, cuyos componentes ya no piensan que la persona actúa por libre albedrío, sino que está determinada por una serie de circunstancias, tanto exógenas como endógenas.

Consecuencia de ello es el entendimiento de que, como la persona ya no es poseedora del libre albedrío sino que se encuentra determinada, su responsabilidad moral no existe.

Surge como consecuencia de ello la llamada responsabilidad social a la que hiciéramos referencia en un inicio, proponiéndose junto con ella las medidas de seguridad tan características de esta corriente de pensamiento.

No es vano reiterar en este contexto –tal como apuntáramos al inicio de estas líneas– que los límites del poder penal son constantemente ampliados como

consecuencia de las circunstancias calificadas de emergencia, en tanto habilitan una asignación de funciones a la materia más ficticias que reales.

Por tal motivo, advertimos que a la hora de circunscribir cuánto se pretende para el derecho penal y su función, ineludiblemente ha de fijarse posición en el aspecto vinculado al respeto de las normas fundamentales, que –como bien es sabido– no deben ser transgredidas sino por motivos que las afecten directamente. Ello así, pues la libertad de los ciudadanos tiene que ser garantizada frente a razones de seguridad e intereses de control.

Es que, tal como afirma Zaffaroni, en un Estado que pretenda no caer en el yerro forjado por la aludida emergencia, en el que se conciba al derecho penal como saber que sirve para interpretar leyes penales y para estructurar un sistema penal operado por agencias estatales que declaran tener por objeto la represión y prevención de delitos, parece claro que no debiera asignarse otra función a tal derecho más que aquella que contiene, acota y reduce el poder punitivo, en amplio reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales.

Reflexiona el citado autor que la función más obvia de los jueces penales y del derecho penal es la contención del poder punitivo, en tanto que, sin la contención jurídica, el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma.

Asimismo, Zaffaroni indica que el derecho penal no puede hacer otra cosa que proponer la administración optimizada del reducido poder de contención en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad. La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del

poder jurídico) debe ser la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles.

Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el estado de derecho. En tal sentido, el derecho penal es un apéndice indispensable del derecho constitucional del estado de derecho, marcando los defectos que siempre presenta la realidad y que se establece por comparación del estado de derecho histórico con el ideal. El derecho penal debe empujar siempre hacia el ideal del estado de derecho; en cuanto deja de hacerlo, avanza el estado de policía. Se trata de una dialéctica que nunca se detiene.

Sin embargo, algo tan claro como ello no siempre fue ni es así entendido; por el contrario, es fácil advertir cómo en muchas épocas los Estados vieron en el derecho penal la herramienta para el mantenimiento de vínculos de obediencia, sumisión y opresión y, fundamentalmente, de perpetuación de la estructura de autoridad.

Frente a ello, no queda más que colegir que es el derecho penal que se pretende público, objetivo, imparcial y garantizador de las normas primordiales el que debe defenderse de quienes, enarbolando las banderas de la emergencia, pretenden transformarlo en un poder ilimitado del Estado, esto es, de todos aquellos sumidos en criterios contra los que filósofos y pensadores del derecho penal dieron ardua batalla intentando lograr su encauzamiento a los fines de su humanización, con base en la utilidad común, en el interés general y en el bienestar del mayor número, fundamentos que fueron plasmados posteriormente con el contractualismo social.

Siguiendo en este rumbo, concebimos que es la ciencia penal, como saber propio, la que debe ser entendida y profundizada como una instancia crítica de la política punitiva, en tanto tiene por función la interpretación de las leyes penales a efectos de proponer, a aquellos a los que les toca resolver conflictos con este instrumento de poder, un sistema orientador de decisiones que contenga el poder punitivo.

Ello no sólo como mecanismo contenedor del poder represivo que hoy vemos que se expende sin fronteras, sino como medio para lograr impulsar el desarrollo del estado constitucional de derecho, moderador en definitiva del estado de policía de alguna manera siempre presente.

Funciones y propósitos que consideramos emanan directamente de los principios axiológicos que iluminan nuestra ciencia como principios rectores, los que ya fueran plasmados en las obras de César Beccaria y Francisco Carrara, y que guardan consonancia con la inteligencia de que los fundamentos del derecho penal tienen los costes de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador, las que a su vez se manifiestan en restricciones y constricciones sobre las personas.

Hablamos aquí, a modo de ejemplo, de las máximas de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad de la pena, protección del bien jurídico, intervención mínima y antijuridicidad material, entre otros.

La primera de ellas, expresada mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, en tanto supremo postulado político criminal del derecho penal moderno, forjado como base primaria tras el arduo camino transcurrido hasta la instauración del Estado moderno liberal, y como pauta de reconocimiento y valorización del individuo como sujeto de derecho, de la afirmación de su dignidad

humana, y finalmente con el aseguramiento de su libertad, considerada como infranqueable ante el poder estatal.

Su importancia ya se observaba en la declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789, para luego ir adquiriendo una formulación más acabada y completa que la erige en la base material y formalmente necesaria para la construcción de toda actividad punitiva, que solamente en tal sentido será jurídica. De allí que adquiere particular relevancia cuando sean tratados los problemas vinculados con la ley penal y el lenguaje, con su redacción no precisa, y con el recurso a fórmulas penales en blanco, entre otras.

Dicho principio rector se robustece luego con aquella garantía que impone un derecho penal de acto y no de autor, en el que la persona responda por la conducta realizada, rechazándose la responsabilidad penal en función de su carácter, modo de ser, pensamientos, la conducción de su vida, su afectividad, hábito de vida o intereses sociales; circunstancia que —desde ya— obliga a alejarse de interpretaciones de raíz peligrosistas.

Premisa que deja por demás claro que la represión penal sólo debe alcanzar las acciones externas e inter-subjetivas del hombre, instituyéndose en la base de una orientación ideológica democrática; siendo el antecedente necesario de la pena y, a la vez, el criterio más importante para su determinación.

Es que un derecho penal de autor hallaría en la peculiaridad del sujeto la causa de la pena e incluso su punto de partida, habilitando sanciones de peligrosidad predelictual, la punición de la tentativa inidónea y, en cierta forma, la represión de actos preparatorios.

Tal garantía no es otra que la de culpabilidad, igualmente trascendente para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva

del Estado, y que conforma el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Ello, por cuanto a partir de ella la aplicación de pena encuentra dos límites infranqueables.

De un lado, porque sólo puede ser aplicada válidamente al autor culpable de un hecho considerado delito, no hay pena sin dolo o culpa, esto es, al autor a quien le puede ser reprochado personalmente su hecho. De ahí que se sostenga que, a la verificación objetiva de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ulteriormente corresponde aditarle la corroboración de que el autor del hecho lesivo ha obrado con voluntad de cometerlo o, al menos, con imprudencia o negligencia injustificable.

Por otro lado, porque únicamente puede ser empleada en la medida de esa culpabilidad comprobada, limitándose de manera estricta la aplicación de pena, valiéndose para ello del concepto de proporcionalidad.

La pena aparece así como reflejo proporcional al grado de ejecución del delito, graduándola según las causas generales de agravación de la responsabilidad y llevando las consecuencias al sujeto activo en función de la comisión del hecho punible. Con ello, se debe imponer una misma pena para todos los delitos iguales.

Otro de los principios que ordenan nuestra disciplina y que muestran su función es aquel íntimamente vinculado también con el de legalidad, esto es, el principio de tipicidad, conforme al cual es absolutamente indispensable que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca, lo que resulta conocido como máxima de determinación del hecho y de la pena, función que se le asigna de modo privativo a la ley con exclusión de todo otro tipo de normativa o disposición administrativa.

En un Estado de Derecho, el delito y la pena deben ser regulados por ley previa, estricta y cierta, y únicamente por ella. Desde este punto de vista, el principio de legalidad del derecho penal es sólo una manifestación del imperio de la ley. Es que la ley no sólo debe ser expresión de un cuerpo representativo, sino que ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales que la integran y propiciar la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales para que puedan ser satisfechas las necesidades básicas de todas las personas.

Finalmente, cabe hacer referencia al principio del bien jurídico por el que se evidencia que por daño o lesión ha de entenderse a la pérdida o disminución de ese bien jurídico mediante la creación de un riesgo innecesario e indebido, que importa un peligro potencial o concreto. No alcanza que el peligro sea sólo abstracto o temido. Si a este concepto se lo desvincula de su relación con bienes jurídicos concretos contra los cuales se atenta, como consecuencia de ello se difumina lo que el principio quiere prevenir, garantizar y resguardar como objetos de valoración masiva y universal, considerados esenciales para el sistema elegido con relación a todos sus miembros, como el caso de la vida, del honor y de la libertad.

Se trata de que la tutela adquiera un sentido material a fin de no convertirla en una mera formalización de la protección. Éste es el concepto material de bien jurídico que suministra las bases para la legitimación de las normas penales.

Este principio de lesividad permite afirmar que no se puede legitimar una intervención punitiva cuando no media la afectación de un bien jurídico, total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, por lo que todo delito supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En ello radica la esencia del hecho punible.

Precisamente el derecho penal está destinado a proteger bienes y valores cuya custodia se considera imprescindible para la existencia de la sociedad.

En este sentido, no puede legitimarse la intervención penal cuando el conflicto sobre cuya base opera es de infima lesividad, o cuando no siéndolo resulta irracional la afectación de derechos con el grado de la lesión que haya provocado. Ello trae como consecuencia que se deban jerarquizar las lesiones y establecer un grado de mínima coherencia entre la magnitud de penas a cada conflicto penal.

En este entendimiento es que los tipos penales encuentran su razón de ser y los límites de su funcionamiento en la tutela punitiva de determinados bienes jurídicos. Ello significa, sobre todo, que el delito no se agota formalmente en la previsión o definición que de él hace la ley, sino que substancial o materialmente consiste en una conducta humana que lesiona o amenaza seriamente uno o varios de tales bienes.

A modo de síntesis, no cabe duda alguna de que en el sistema que aquí se defiende no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley penal sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio. En él, el reconocimiento de la dignidad del hombre no tiene coto desde el poder político, y la función del derecho penal no es otro que el de contención del poder punitivo, minimizador de la violencia y garante de los derechos humanos.

1.2. Política criminal: algunas aclaraciones terminológicas

El presente trabajo analiza el curso que ha tenido nuestra política criminal a lo largo de los años, y ahonda en una descripción de la realidad contemporánea. En este sentido, se desarrollan los modos en que ha reaccionado el Estado frente al

fenómeno criminal, y si las formas de reacción se prolongaron en el tiempo. Se describen las características de intervención estatal y particularmente si se recurrió al discurso de emergencia para intensificar el poder punitivo.

Ahora bien, para dar entonces comienzo al abordaje del tema, resulta conveniente realizar algunas aclaraciones de índole terminológica con el objeto de lograr una mayor claridad expositiva.

Política criminal es la política estatal de control social y solución de conflictos dirigida hacia las acciones humanas consideradas más violentas y conflictivas en un país determinado en tiempos de paz. Podemos decir entonces que el principal objetivo de la política criminal es la prevención del delito.

Siguiendo a Beiderman, puede decirse que la política criminal no es otra cosa que una delimitación de la política concebida como ciencia o parte aplicada al cumplimiento de los fines del Estado, pero relacionada con la implementación de medidas adecuadas para la prevención y de la represión de la criminalidad⁶.

Franz von Liszt fue el primero que entendió a la política criminal como una disciplina científica, concibiendo a la misma como el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito. Dicho autor mantiene en campos claramente distanciados a la dogmática penal de la política criminal, ya que esta última, al referirse al origen y naturaleza del crimen y a la pena como medio de enfrentar al delito, va más allá del derecho vigente⁷. A su criterio, la política criminal asume aspectos valorativos –críticos– y descubre los fines operativos del derecho,

⁶ Argibay Molina, José F. y otros, *Problemas actuales de la criminología argentina*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 52, capítulo intitulado: "Enfoque actual del problema de las relaciones entre la criminología y el derecho penal".

⁷ "El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal", Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1926.

con lo cual incurre en falta de neutralidad, aspecto fundamental de una adecuada dogmática⁸.

La política criminal es una responsabilidad indelegable de los Estados y consecuentemente éstos se verán afectados por los vaivenes que pudieran presentarse.

A pesar de lo utópico que luce este pensamiento, lo ideal sería que la política criminal pudiera mantenerse al margen de las oscilaciones políticas en general, ya que la inestabilidad que genera una política criminal errática e impredecible, favorece la proliferación de soluciones paliativas a través de las declaraciones de estados de emergencia.

Toda política criminal se construye de acuerdo a los valores, bienes, normas y garantías seleccionadas como estructura fundamental de la actuación penal por el orden constitucional. Dice al respecto Delmas-Marty que la política criminal se elabora de conformidad con las directrices que dan cuerpo y sentido a la variedad de hechos puestos bajo observación⁹.

Por eso en nuestro tiempo, como señala Silva Sánchez, la política criminal debe tomar distancia tanto del modelo racionalista que se vale de meros postulados de la razón ajenos a las cuestiones empíricas, como del modelo positivista, al estilo de Von Liszt, que da exclusividad sólo a los datos fácticos. Frente a estas visiones polarizadas, la política criminal debe asumir tanto la instancia de los hechos como la que se corresponde con determinados juicios de valor político¹⁰.

⁸ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Reus, Tomo I, Capítulo I, 1926.

⁹ Véase Delmas-Marty, *Modelos Actuales de Política Criminal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 26 y 27. Ver igualmente, Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, p. 44 y en la 2ª ed. de esa obra.

¹⁰ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 98. Del mismo autor, *Perspectivas sobre la Política Criminal moderna*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pp. 30-33 y 42.

La política criminal adquiere su sentido propio, entonces, merced a los principios penales –sobre todo los de orden constitucional– que operan como reglas de legitimación y crítica de las funciones penales. A ese respecto, el principio de proporcionalidad aparece como el instrumento fundamental a la hora de evaluar en sentido ético, político y jurídico la aplicación de medidas penales en el campo de la vida social pero, especialmente, respecto de los derechos individuales de los ciudadanos. De esta manera, el principio de proporcionalidad en materia penal opera brindando legitimación a los primeros niveles de determinación político-jurídico y se traslada como regla de valoración constitucional e interpretación material a las instancias de aplicación normativa.

Véase también que el efecto pendular de la política criminal tampoco escapa a circunstancias de índole externa. En este sentido, el fenómeno de la globalización es un claro ejemplo de ello. Tras el surgimiento de aquellos se ha planteado en la mayoría de los países la necesidad de readaptar su legislación penal interna a las “nuevas formas de delincuencia”.

Esto trajo como consecuencia una mayor inflación penal caracterizada por el empleo de leyes penales en blanco, delitos de peligro abstracto, etcétera. Es decir, la política criminal también se ve afectada por factores exógenos, y si el Estado de que se trate no tuviese claramente delineado el trazado de sus programas de política criminal, pendulará peligrosamente poniendo en riesgo los derechos de sus ciudadanos.

Es entonces que las bases sobre las que se sostiene la política criminal deben ser lo suficientemente fuertes como para sostener los vaivenes que pudieren afectarla. Su funcionamiento debe aparecer como un dique de contención, tanto

para los reclamos internos de mayor aplicación de intensidad de la fuerza punitiva, como de los factores externos que pudieren generarse.

En esta línea, razonabilidad, estabilidad, equidad, humanidad, perdurabilidad, son ejes centrales que no debieran estar ausentes de cualquier plan estructural de política criminal. La emergencia, en cambio, posee otras características antagónicas que no coinciden de modo alguno con los parámetros delineados anteriormente.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPÍTULO II

2. Conceptos necesarios para el planteo del problema

Varios son los conceptos que debemos clarificar a efectos del desarrollo que nos ocupa, el primero de ellos es el de emergencia, y los restantes tendrán que ver con el lenguaje, el discurso y los medios de comunicación, todos por la relación existente entre opinión pública y política criminal.

La trascendencia de los mismos, y lo que motiva su inclusión en este trabajo, es la función que cumplen en el andamiaje que sostiene las distintas creaciones legislativas que serán analizadas, como así también los mecanismos empleados para la validación o recepción positiva por parte de la población de las normas represivas consecuencia de ellas, ya que es habitual observar la utilización de un lenguaje de carácter bélico –y en consecuencia impresionante para la audiencia– que exalta y provoca la reacción en el receptor del discurso.

En este sentido, el problema penal es de aquellos que de carácter social mayor atracción genera en la opinión pública, resultando que su aplicación interesa a todos y en ocasiones provoca que se levanten distintas voces que asumen el carácter de verdaderas manifestaciones de opinión.

Ocorre esto último por tratarse de leyes fundamentales que se ocupan de reglamentar los derechos individuales más preciados, y esto es así desde que por ella se autoriza a limitar los derechos individuales fundamentales y aun a suprimirlos.

2.1. Concepto y alcance del término “emergencia”

Creemos importante introducir un capítulo destinado al concepto y el alcance del vocablo "emergencia". Para ello parece interesante observar las distintas situaciones en las cuales se ha optado el uso del término. Así podemos encontrar: emergencia habitacional, emergencia energética, barrios de emergencia, emergencia laboral, emergencia sanitaria, emergencia económica, emergencia financiera, emergencia penitenciaria, emergencia educativa, emergencia alimentaria, emergencia ferroviaria, emergencia judicial, emergencia bancaria, emergencia en seguridad, emergencia agropecuaria, emergencia nacional, emergencia internacional, emergencia provincial, emergencia pública, emergencia privada, emergencia social, emergencia ambiental, aumentos salariales de emergencia, emergencia hídrica, emergencia policial, emergencia carcelaria, emergencia ambiental, emergencia climática, emergencia hospitalaria, emergencia institucional, emergencia forestal, emergencia vial y emergencia aérea, última de las emergencias detectadas a raíz de los problemas con los radares.

Todas ellas han estado precedidas de una declaración previa que funcionó como antecedente de la adopción de medidas paliativas de corto plazo.

Surgen entonces una serie de interrogantes que, a nuestro entender, no podemos dejar de plantearnos. ¿En cuántas de estas emergencias podemos vernos atrapados? ¿Son ciertas? ¿Cuántas emergencias podemos soportar realmente? ¿Cuanta disminución de derechos y garantías se puede tolerar en pos de los estados de emergencia? ¿Nuestra constitución no tiene acaso en la interpretación de sus principios soluciones para dichos estados? ¿Son nuevos estos estados? ¿Son ilimitados en el tiempo? ¿A cada problema, el Estado debe responder con una declaración de emergencia? ¿Puede construirse una política criminal seria desde la emergencia? ¿Habrá fracasado el derecho y sus instituciones clásicas que ahora

parecieran impotentes para dar respuesta a los conflictos que antes podía resolver con sus principios? ¿Es necesaria entonces la creación de institutos jurídicos de emergencia? ¿Son éstos legítimos? ¿Tanta declaración de emergencia no demuestra acaso el fracaso de aquellos que debieron, desde el Estado, implementar políticas adecuadas para no llegar justamente a dicha contingencia? ¿Son los ciudadanos responsables por las situaciones de emergencia y, en su caso, puede a la vez hacerlos soportar el yugo de sus consecuencias? ¿No es acaso una manera de legitimar el poder político? ¿No deberían desarrollarse mecanismos que mantengan a la política criminal alejada de los efectos de la emergencia?

Es en este marco en el que entran en juego los bienes más preciados de la sociedad y donde podemos encontrar, casi de forma natural en nuestro lenguaje cotidiano, frases como: plan de emergencia, cirugía de emergencia, emergencia defensiva, servicios de emergencia, tensor de emergencia, equipo de emergencia, situación de emergencia, entre otras.

A la hora de tratar de alcanzar los distintos significados del término emergencia, obtenemos del diccionario de la Real Academia Española que proviene del latín *emergens*, -entes: que demuestra la acción y efecto de emerger; suceso, accidente que sobreviene. Su uso más común sugiere o se asocia a la urgencia con que una determinada situación debe ser atendida para hallar su solución.

Y el aspecto que convoca este estudio se refiere justamente a la emergencia en el campo del derecho, específicamente a su utilización en la conformación de la política criminal y su injerencia sobre las libertades que debe garantizar el estado de derecho.

Debe señalarse liminarmente que la emergencia ha sido el instrumento a través del cual los distintos grupos de poder han podido ver realizadas muchas de